

**Al contestar refiérase  
al oficio N.º 22973**

17 de diciembre, 2021  
**DFOE-CIU-0573**

Señores  
Federico Chacón Loaiza  
Presidente

Hannia Vega Barrantes  
Miembro del Consejo

Gilbert Camacho Mora  
Miembro del Consejo  
**SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES (SUTEL)**

Estimados señores:

**Asunto:** Remisión de Orden DFOE-CIU-ORD-00004-2021 en relación con la administración del Fideicomiso de Gestión de los proyectos programas del Fondo Nacional de Telecomunicaciones (Fonatel)

La Contraloría General de la República, dentro de sus potestades de fiscalización superior otorgadas constitucional y legalmente, se encuentra ejecutando la auditoría operativa sobre la eficiencia en la gestión y resultados de los proyectos financiados por FONATEL.

Al respecto, como parte de las revisiones y análisis efectuados en dicha auditoría se detectan aspectos relacionados con el uso y la administración de recursos públicos durante el denominado plan de transición del Fideicomiso de Gestión de los proyectos y programas del FONATEL<sup>1</sup>, que ameritan la emisión de la presente orden, en virtud de lo cual seguidamente se exponen los antecedentes que a criterio de este Órgano Contralor resultan de mayor relevancia en torno al caso, con las consideraciones jurídicas, el análisis del caso concreto y las órdenes correspondientes.

---

<sup>1</sup> El cual fue generado a partir de la suscripción por parte de la SUTEL y el BNCR del término del contrato de Fideicomiso de Gestión de los proyectos y programas de FONATEL, el 22 de febrero de 2019.

## 1. Antecedentes

1. El 23 de enero de 2012 la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) y el Banco Nacional de Costa Rica (BNCR) suscriben el contrato de Fideicomiso de Gestión de los proyectos y programas de FONATEL (GPP SUTEL-BNCR). Según la cláusula 3.C los propósitos específicos de la contratación eran el gestionar inversiones de los recursos del Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL), fungir como instrumento para “estructurar, especificar, asignar y gestionar los proyectos y programas de acceso universal, servicio universal y solidaridad por desarrollar por el Fideicomiso y contenidos en el Plan Anual de Proyectos y Programas con cargo a Fonatel aprobado por la SUTEL conforme lo establecen los artículos 35, 36, y 37 de la Ley N.º 8642”. Además, “gestionar la operación, mantenimiento y sostenibilidad de las prestaciones de servicios de los proyectos y los programas con cargo a los recursos del Fideicomiso, durante los plazos establecidos en los contratos correspondientes conforme lo establecen los artículos 36 y 37 de la ley de cita. De igual forma se buscaba el originar información financiera y de gestión requerida por la SUTEL como Fideicomitente para que ésta pudiera cumplir sus obligaciones. En la cláusula 3.D se especificó que el Fideicomiso tendría un plazo de vigencia de cinco años prorrogable automáticamente por un plazo igual al original, excepto que alguna de las partes manifestara lo contrario oficialmente, con al menos 90 días naturales de antelación a la fecha de vencimiento.

En la cláusula 12 se estipularon los honorarios del Banco Fiduciario especificando que por la gestión en la inversión de capital de los contratos de proyectos y programas este devengaría un honorario de 0,20% sobre desembolsos que se hagan a cada proyecto o programa calculado y pagadero mensualmente de forma vencida. Por la gestión de monitoreo y mantenimiento de los contratos de proyectos y programas devengaría el 0,15% anual, calculado y pagadero mensualmente sobre el total de los desembolsos que se hayan hecho a cada proyecto o programa por el concepto de inversión de capital, calculado y pagadero mensualmente de forma vencida.

2. El 22 de febrero de 2012 la Contraloría General de la República mediante oficio N.º 1694 (DCA-0391) otorga refrendo al contrato suscrito por SUTEL y BNCR correspondiente al “Fideicomiso de Gestión de los Proyectos y Programas del Fondo Nacional de Telecomunicaciones (Fonatel), derivados de la Contratación Directa No. 2011CD-000091-SUTEL.”,
3. El 21 de junio de 2016 el Banco Nacional de Costa Rica mediante oficio N.º DFE-1465-2016, (así como DFE-1684-2016 del 27 de julio, DFE-1904-2016 del 22 de agosto de 2016 y DFE-2209-2016 del 29 de setiembre de ese año) presentó ante la SUTEL una solicitud para aumentar los honorarios del Fiduciario alegando “Una necesidad del Fiduciario para solventar los gastos en la ejecución del Fideicomiso

y llegar a un equilibrio financiero que debe sustentar este tipo de relaciones entre instituciones públicas”.

4. El 26 de octubre de 2016, el consejo de la SUTEL mediante acuerdo 029-062-2016 acordó dar por recibido el oficio N.º 07312-SUTEL-.DGF-2016 del 04 de octubre de 2016 por el cual la Dirección General de FONATEL presentó al Consejo una propuesta de modificación al contrato de Fideicomiso, asimismo, el Consejo solicitó a la Dirección General de Operaciones proceder con los trámites internos para modificar el contrato de Fideicomiso y que esta pueda ser remitida a la Contraloría General de la República para su respectivo refrendo “una vez que sea aprobada por este consejo y se hayan cumplido los trámites pertinentes”.
5. El 18 de noviembre de 2016 la Dirección General de Fonatel mediante el oficio N.º 08729-SUTEL-DGF-2016 presentó ante el Consejo de la SUTEL, una " Propuesta de la Dirección General de FONATEL sobre la anuencia de la SUTEL para prorrogar el Contrato de fideicomiso de gestión de los proyectos y programas de FONATEL (GPP), suscrito entre la SUTEL y el Banco Nacional", mediante el cual se recomendaba que se comunicara al Banco Nacional, "el interés de la SUTEL para prorrogar el Contrato de fideicomiso de gestión de los proyectos y programas de FONATEL (GPP)", por un plazo igual al original.
6. El 22 de febrero de 2017 al cumplir el contrato de Fideicomiso con el plazo de vencimiento original de vigencia por cinco años, de acuerdo con la cláusula 3.D, dicho contrato se prorrogó automáticamente por un nuevo periodo de cinco años, al no mostrar ninguno de las partes contratantes objeciones ni manifestaciones para finalizar su ejecución.
7. El 22 de mayo del 2017 mediante el oficio N.º 04159- SUTEL- CS- 2017, la SUTEL presentó ante la Contraloría General de la República la respectiva "Solicitud de autorización y de refrendo de la modificación al "Contrato de Fideicomiso de Gestión de los Proyectos y Programas de FONATEL (GPP)".
8. El 28 de agosto de 2017 mediante el oficio N.º 09777 (DCA -1840), la Contraloría General de la República deniega la solicitud de modificación al "Contrato de Fideicomiso de Gestión de los Proyectos de FONATEL (GPP)", no autorizando la revisión y ajuste de precios y honorarios por no haber presentado el Banco Nacional documentación que acreditara el desequilibrio alegado y tampoco la estructura original de costos base para cualquier reclamo de este tipo. Entre las argumentaciones externadas se indicó que, “este Órgano Contralor ha insistido en que de cara a analizar la procedencia y la razonabilidad de la modificación de la cláusula de honorarios propuesta, resulta indispensable conocer cuál fue la base con la que se ofertó al momento de la contratación del fiduciario, por cuanto, precisamente la justificación de la necesidad de ajustar los honorarios que se plantea por parte de esa Superintendencia radica en que hubo un aumento exponencial en la cantidad y complejidad de los proyectos que ocasionó que las

comisiones previstas resultaran insuficientes para cubrir los gastos mínimos del Fiduciario. // Si bien, en respuesta a un segundo requerimiento de información, se presentó un análisis efectuado por la SUTEL sobre la razonabilidad de la oferta presentada por el Banco Nacional en su oportunidad en la Contratación Directa No.º 2011 CD-0000091-SUTEL, en la que se examinan las estimaciones del Banco en dos vertientes a saber: las comisiones por inversión de capital y monitoreo y mantenimiento de los proyectos, y por otra, los ingresos generados por la intermediación financiera y bursátil, no se aportó la documentación que el Banco remitió a la SUTEL para el respectivo análisis. Lo anterior, a pesar de que se solicitó expresamente remitir la estructura de costos, en forma desglosada de la comisión original. De esta forma, no es posible para esta Contraloría General autorizar una modificación contractual de los honorarios, cuya justificación consiste en que la comisión originalmente ofertada, resulta insuficiente en virtud de haberse presentado un aumento exponencial en los proyectos, sin que se cuente con la base con la cual se debe comparar la comisión propuesta. Esta información resulta de especial relevancia, si se considera que resulta necesario visibilizar los supuestos bajo los cuales fue elaborada la oferta y que permitan verificar que efectivamente se trata de las circunstancias argumentadas por la SUTEL y el fiduciario (...) Siempre sobre el tema del análisis efectuado por esa Superintendencia respecto de la razonabilidad de la oferta económica inicialmente presentada por el Banco, es necesario destacar que no se aportó ninguna explicación sobre las consideraciones realizadas en cuanto a los montos estimados por ingresos por intermediación bursátil y financiera ...”.

9. El 28 de setiembre de 2017, mediante oficio N.º FID-2641-2017 dirigido a los Miembros del Consejo de la SUTEL, el Banco Nacional de Costa Rica, en su calidad de Fiduciario, se refirió al oficio de la Contraloría General de la República N.º DCA -1840 en los siguientes términos:  
“a- Nos preocupa enormemente el rechazo presentado por parte del ente contralor a la solicitud de modificación del contrato, ya que se expuso ante el mismo el desequilibrio financiero presentado en los últimos años, situación que puede a futuro generar consultas sobre la continuidad nuestra como Fiduciario, de ahí la importancia de que se analice lo antes posible por parte de la Fideicomitente el mecanismo a seguir para la continuidad del Fideicomiso y los Programas a cargo de éste. Sin duda, este rechazo nos lleva necesariamente a una etapa de transición en el actual Fideicomiso y que asumimos (sic) mucha responsabilidad.  
b- Durante ésta época de transición, rogamos a ustedes analizar la alternativa en un aumento del 49% en el cobro de las comisiones actuales, fundamentada en las mismas razones expuestas a la Contraloría, principalmente en cuanto al crecimiento exponencial de labores. Este aumento no requiere de refrendo Contralor.  
c- De conformidad con lo establecido y permitido por el Contrato de Fideicomiso actual, estaríamos contratando dentro de planilla del Fideicomiso dos personas que nos den soporte en el área de Contabilidad. Esto durante el plazo de transición”.

10. El 04 de octubre de 2017, la Dirección General de Fonatel, así como asesores del Consejo y la jefatura de Fonatel, mediante oficio 08186-SUTEL-DGF-2017 dirigido al Consejo de SUTEL se externó: “de la lectura del oficio de la Contraloría General de la República N° 09777 (DCA - 1840) del 28 de agosto del 2017 (NI-09888-2017), no se desprende que el Órgano Contralor haya dispuesto algún condicionante, impedimento o disposición; que impida la ejecución de la prórroga automática al contrato que se efectuó el pasado 22 de febrero del 2017. Por su parte, del análisis del expediente administrativo se pudo determinar, que no existe manifestación expresa de alguna de las partes que indicara que no tenían interés de continuar con la ejecución del contrato, tal y como se solicitaba en la cláusula 3 inciso D. del contrato. (...) No obstante lo anteriormente indicado, se desprende del análisis del expediente administrativo, que el Banco Nacional, mediante los oficios DFE-1465-2016 (NI-06781-2016) del 21 de junio del 2016, DFE-1684-2016 (NI-08109-2016) del 27 de julio del 2016, DFE-1904-2016 (09037- 2016) del 22 de agosto del 2016, DFE-2209-2016 (NI-10679-2016) del 29 de setiembre del 2016 y FID-0155-2017 (NI-00659-2017) del 16 de enero del 2017, presentó ante la SUTEL, la solicitud para el aumento de honorarios del Fiduciario, alegando "... una necesidad del Fiduciario para solventar los gastos en la ejecución del Fideicomiso y llegar a un equilibrio financiero que debe sustentar este tipo de relaciones entre instituciones públicas". "Lo anterior evidencia, que para el Banco Nacional, existe en la ejecución del contrato, una condición de desequilibrio económico, lo que podría condicionar su cumplimiento, sobre todo considerando el rechazo de la aprobación a la modificación contractual de la cláusula de Honorarios del Fiduciario, llevada a cabo por la Contraloría General de la República, razón por la cual, se considera necesario llevar a cabo un análisis de las posibles opciones para poder proteger el interés público que representa la ejecución del Fideicomiso que ejecuta los proyectos del Fondo Nacional de Telecomunicaciones" Sobre los posibles escenarios a considerar se dieron las siguientes opciones: “considerando las manifestaciones del Banco y la denegatoria de la Contraloría General de la República para modificar la cláusula de honorarios del contrato de fideicomiso suscrito entre la SUTEL y el Banco Nacional, y ante la solicitud del Consejo, se pueden plantear como posibles escenarios para la continuidad de la ejecución de los Proyectos y Programas del Fondo Nacional de Telecomunicaciones, a través de la figura del Fideicomiso, los siguientes:
- a. Continuidad del contrato prorrogado (...)
  - b. Llevar a cabo una contratación directa con el Banco Nacional de Costa Rica, solicitando autorización a la Contraloría General de la República para tal fin (...)
  - c. Llevar a cabo un proceso de contratación directa con el Banco Nacional de Costa Rica con el fin de poder dar continuidad y seguimiento a los proyectos y programas que se ejecutan a través del Fideicomiso de Fonatel, existe la opción de llevar a cabo una contratación directa con el Banco Nacional de Costa Rica, en atención a lo establecido en los artículos 2 inciso c) de la Ley de Contratación Administrativa y 138 (antiguo 130) de su Reglamento (...)
  - d. Llevar a cabo un proceso de contratación directa concursada entre los Bancos del Estado en caso de que se elija esta opción y se cambie al actual Fiduciario del Fideicomiso de Fonatel, se deberán tomar en

cuenta las disposiciones citadas anteriormente, relacionadas con la finalización y finiquito del actual "Contrato de fideicomiso de gestión de los proyectos y programas de FONATEL (GPP)" y de la transición de los derechos y obligaciones derivados de la ejecución del actual fideicomiso, entre fiduciarios (...). Esta opción igualmente implicaría la realización de un estudio de mercado que incluya las propuestas de los bancos públicos del Sistema Bancario Nacional, previo a llevar a cabo el concurso. Dicho estudio de mercado, sustentaría el presupuesto estimado para llevar a cabo el proceso de contratación. Para estos efectos, anexo a este oficio, se presenta un primer listado de requerimientos para llevar a cabo este estudio de mercado previo. Esta opción tiene como ventajas, que permitiría ajustar y aclarar las funciones y tareas en el Fideicomiso, al tratarse de una nueva relación contractual, actualizándose además los términos económicos de la relación contractual, valorando las ofertas que presenten los eventuales interesados. Adicionalmente, es la opción más transparente y que permite cumplir con los principios constitucionales de eficiencia y libre concurrencia (...). Ampliación temporal "Contrato de fideicomiso de gestión de los proyectos y programas de FONATEL (GPP)" Considerando que las opciones planteadas en los puntos b. y c., por la tramitología propia de un procedimiento de contratación, requieren de un plazo razonable para su ejecución, se considera necesario, en el corto plazo, establecer soluciones ante las manifestaciones emitidas por el Banco Nacional mediante los oficios DFE-1465-2016 (NI-06781-2016) del 21 de junio del 2016, DFE-1684-2016 (NI-08109-2016) del 27 de julio del 2016, DFE-1904-2016 (09037- 2016) del 22 de agosto del 2016, DFE-2209-2016 (NI-10679-2016) del 29 de setiembre del 2016 y FID-0155-2017 (NI-00659-2017) del 16 de enero del 2017, mediante los cuales solicita el aumento de honorarios del Fiduciario, alegando "... una necesidad del Fiduciario para solventar los gastos en la ejecución del Fideicomiso y llegar a un equilibrio financiero que debe sustentar este tipo de relaciones entre instituciones públicas". Una de las posibles medidas temporales de solución a corto plazo para la problemática planteada, surge de lo que se estableció dentro del proceso de "... revisión del modelo de gobernanza para la ejecución de los programas y proyectos financiados por medio del Fondo Nacional de las Telecomunicaciones", llevado a cabo a través del Centro de Investigación y Capacitación en Administración Pública (CICAP), en el mes de mayo del año 2016, en el que participaron todos los involucrados de la ejecución de los recursos del Fondo (Consejo de la SUTEL, asesores, Banco Nacional, Comité de Vigilancia del Fideicomiso, Unidad de Gestión y Dirección General de Fonatel".

11. El 31 de enero de 2018, el Banco Nacional remite al Consejo de la SUTEL el oficio N.º FID-0249-2017 indicando, entre otros aspectos, "En reunión del pasado lunes 22 de enero entre los miembros del Consejo de Sutel ... se acordó ...la redacción y firma de un Convenio de Finiquito por Mutuo Acuerdo.... **Ustedes se comprometieron a redactar el cartel de Licitación para contratación de un nuevo Banco Fiduciario, lo cual también está urgiendo en procura de que no se dé un lapso de espera entre la finalización de nuestras labores y el inicio del nuevo contrato de fideicomiso...**". ( El resaltado no es parte del original)



12. El 06 de marzo de 2018, el Banco Nacional remite al Consejo de la SUTEL el oficio N.º FID-624-2018 (NI-02375-2018) mediante el cual se indicó "En varias ocasiones se ha indicado a usted, a su equipo y a miembros del Consejo de la SUTEL que durante el proceso de transición (finiquito) del contrato de Fideicomiso en principio no se realizarían nuevas contrataciones y que, para efectos de analizar las diversas posibilidades tendríamos que contar como elemento inicial con un documento oficial del área jurídica de la SUTEL donde se indique que en un proceso de contratación administrativa puede ser trasladado en cualquier espacio del tiempo sin importar la etapa del proceso en que se encuentre, para de esta manera si fuera factible, analizar nuestra capacidad de gestión en ésta etapa del fideicomiso que está enfocada al cierre y no a la apertura de nuevas obligaciones y contratos. (...) El tema nos lleva nuevamente a solicitar recordar la importancia de que se defina un plazo para la finalización del contrato de Fideicomiso, el cual debería ser como máximo a septiembre del 2018 de acuerdo a los cronogramas establecidos por las Unidades de Gestión para cada uno de los proyectos que se encuentra en proceso de contratación. Finalmente de conformidad con lo que hemos conversado y en aras de actuar con la responsabilidad y seriedad que esta etapa requiere nuevamente aprovechamos para recalcar algunos temas importantes durante este periodo de transición (finalización contractual):

- En principio no se realizarán nuevas contrataciones por parte del Fiduciario Banco Nacional de Costa Rica, ya que sería imprudente iniciar este tipo de procesos durante esta etapa de finalización contractual, más aún sin contar con el criterio legal solicitado.
- En línea con lo anterior, los procesos de contrataciones vigentes a la fecha que sean declarados infructuosos o desiertos, no se podrían volver a iniciar.
- Durante este proceso de transición es importante que la SUTEL se comprometa a mantener plazos razonables con respecto a solicitudes de procesos, información, contrataciones iniciadas, entre otros..."

13. El 14 de marzo de 2018, el Consejo de la SUTEL, mediante acuerdo 006-013-2018, acordó lo siguiente: 1. Conformar un grupo de trabajo para que se encargue de identificar las acciones, los procedimientos y la planificación correspondiente a la ejecución del contrato, a la transición del fideicomiso y al cumplimiento del acuerdo enumerado en el considerando c). Este grupo estará liderado por ..., en representación del Consejo y lo integrarán ..., de la Asesoría del Consejo, ... de la Unidad Jurídica, .... de la Dirección General de Operaciones, y ... de la Dirección General de Fonatel, quien coordinará este grupo de trabajo. 2. Instruir a este grupo para que prepare un plan de trabajo y un cronograma de actividades, que deberá ser presentado a este Consejo en una sesión posterior."

14. El 22 de junio de 2018, el Consejo de la Sutel, mediante acuerdo 016-040-2018 tomado en sesión ordinaria 040-2018, en atención al tema de terminación del contrato de Fideicomiso resolvió “aprobar la renuncia del Banco Nacional de Costa Rica al contrato Fideicomiso GPP-SUTEL-BNCR, al acreditarse el cumplimiento del requisito establecido en la cláusula 3 inciso G del contrato de Fideicomiso GPP SUTEL-BNCR, en relación con la justa causa...3- Aprobar el Plan de Continuidad, que forma parte integral del presente informe como parte de los elementos contractuales.” Se analizaron planes que contemplaban la terminación del contrato y proceder a una nueva contratación ya fuera con el mismo fiduciario u otro con el fin de continuar con la ejecución de los planes y proyectos de acceso universal, servicio universal y solidaridad.
15. El 06 de noviembre de 2018, el Banco Nacional remite mediante oficio N.º SGEI-103-2018 el Plan de Transición y el acuerdo de terminación para aprobación del Consejo de la SUTEL, indicando que “De acuerdo a lo establecido por los equipos de trabajo de la Superintendencia de Telecomunicaciones y el Banco Nacional de Costa Rica y después de varias sesiones analizando cada uno de los oficios se adjuntan las versiones finales del ACUERDO DE TERMINACIÓN POR MUTUO ACUERDO DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO DE GESTIÓN DE LOS PROYECTOS Y PROGRAMAS DE FONATEL (GPP) 2. PLAN DE TRANSICIÓN. Esto con el fin de que sean aprobados por el Consejo de la Superintendencia de Telecomunicación para iniciar el proceso de terminación por mutuo acuerdo del Fideicomiso...”
16. El 23 de noviembre de 2018, el Consejo de la SUTEL, mediante acuerdo 022-078-2018 asumido en sesión 078-2018, acordó aprobar el informe 09520- SUTEL-MF-2018 denominado "Informe para aprobación del mutuo acuerdo" Además, acordó como punto 2 “Que de conformidad con lo establecido en la Cláusula 3 inciso E., sub-inciso 3) del Contrato de FIDEICOMISO GPP SUTEL- BNCR, y de los artículos 659 del Código de Comercio, 11 de la Ley de Contratación Administrativa; 211 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, y verificado el cumplimiento de los requisitos y procedimientos establecidos en el artículo 215 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa; y la anuencia del Banco Nacional de Costa Rica; apruebe la terminación por mutuo acuerdo del "Contrato de Fideicomiso de Gestión de los Proyectos y Programas de Fonatel (GPP)", número 07-2011, derivado de la Contratación Directa No. 2011CD-000091- SUTEL.” En el punto 3 y en el punto 4 se acordó: “Que de conformidad con lo establecido en la Cláusula 3 inciso H. del Contrato de FIDEICOMISO GPP SUTEL-BNCR y el oficio del Banco Nacional SGEI-103-2018 del 06 de noviembre de 2018, suscrito por el representante legal del Banco, proceda a aprobar los siguientes documentos: i. El Acuerdo de Terminación por mutuo acuerdo del Contrato de Fideicomiso de Gestión de los Proyectos y Programas de Fonatel (GPP). (Anexo 1) ii. El Plan de Transición. (Anexo 2) 4. Que se autorice a la Presidencia del Consejo firmar el documento denominado "Acuerdo de Terminación por mutuo acuerdo del Contrato de Fideicomiso de Gestión de los



Proyectos y Programas de Fonatel (GPP)", en conjunto con el representante legal del Banco Nacional de Costa Rica." De igual manera mediante acuerdo 023-078-2018 se ordenó al equipo interdisciplinario de SUTEL elaborar y presentar un borrador de decisión inicial del proceso de contratación de un nuevo fideicomiso y el borrador del cartel respectivo.

17. El 23 de noviembre de 2018, el Consejo de la SUTEL, mediante acuerdo 023-078-2018, instruyó a la Unidad de Proveeduría para que llevara a cabo una audiencia precartelaria, "una vez que el Consejo haya aprobado los términos de referencia para contratación de un nuevo Fideicomiso".
18. El 05 de diciembre del 2018, mediante el acuerdo 002-082-2018, el Consejo de la SUTEL aprobó la decisión inicial para el proceso de contratación de un Fideicomiso para la gestión de los proyectos y programas de FONATEL y someter a audiencia previa el borrador de cartel.
19. El 11 de enero de 2019, la Unidad de Proveeduría procedió a publicar en periódico de circulación nacional y en el Sistema de Compras Públicas (SICOP) invitación a la audiencia del pre cartel para la contratación de un fideicomiso de administración de FONATEL.
20. El 22 de febrero de 2019, se suscribe por parte de la SUTEL y el Banco Nacional el acuerdo de terminación por mutuo acuerdo del contrato de FIDEICOMISO GPP SUTEL-BNCR. El acuerdo "se somete a normas de legislación mercantil y a normas de derecho público aplicables al objeto del contrato, en especial a la Ley General de Telecomunicaciones, su Reglamento de Acceso Universal, Servicio Universal y Solidaridad". En la cláusula tercera la SUTEL acuerda "iniciar sin demora el procedimiento administrativo respectivo para constituir un nuevo Fideicomiso según lo establece el artículo 35 de la Ley No. 8642. El Banco Nacional por su parte, ha manifestado su interés de volver a participar para optar por la administración del Fideicomiso." En la cláusula cuarta se acordó "continuar con el manejo y ejecución de los proyectos, programas y contratos que se encuentra administrando el Fideicomiso, hasta el momento en que se finalice el proceso de transición al banco fiduciario que se escoja, como resultado del procedimiento de contratación administrativa que debe llevar a cabo la SUTEL, según lo establece el anexo 4: Plan de Continuidad.// Banco Nacional continuará ejerciendo todos sus deberes y obligaciones derivadas del contrato actual y hasta la finalización del proceso de transición. Por tanto; garantiza la continuidad de las funciones para que los servicios a los habitantes y a los centros de prestación derivados de los contratos en ejecución, no se vean en ninguna circunstancia interrumpidos.// Así mismo, el Banco Nacional indica que al momento de la transición ha trasladado todos los pasivos con terceros (personal, operadores, contratos, servicios) y cualquier otra, responsabilidad al nuevo fiduciario, de tal forma que se libera al Fiduciario actual y a la Sutel de toda responsabilidad relacionada con la ejecución de los proyectos, programas y tareas relacionadas

con el Fideicomiso de gestión de los proyectos y programas del Fondo Nacional de Telecomunicaciones.” En la quinta cláusula se acordó: “...que la gestión de las inversiones de los recursos de FONATEL, seguirá siendo administrada por el Banco Nacional de Costa Rica, en atención a las obligaciones y condiciones que sobre ese tema se encuentran contenidas en el contrato de FIDEICOMISO GPP SUTEL- BNCR, hasta el momento en que sean transferidas formal y efectivamente a un nuevo Fideicomiso, en atención al proceso de selección de Fiduciario que deberá llevar a cabo la SUTEL. Por lo que el Fiduciario actual continuará cobrando los honorarios establecidos en el Contrato de Fideicomiso.// Todos los costos (operativos y administrativos) asociados al proceso de traslado del activo administrado del Fideicomiso al nuevo Fiduciario, tales como: materialización física, endosos, traspasos y cualquier otro mecanismo de transferencia de valores, serán cubiertos con cargo al Patrimonio del Fideicomiso GPP SUTEL-BNCR (FONATEL).” En la cláusula octava las partes manifestaron que una vez sea ejecutado el proceso de transición de los proyectos, programas, contratos, tareas y gestión de inversiones, se procedería a suscribir un documento de finiquito. En la cláusula décima se insiste en dar por finalizada la relación contractual “a satisfacción plena de ambas partes” según con la cláusula 3 inciso H del Contrato de Fideicomiso a cumplir con el traslado de todo el patrimonio del Fideicomiso al nuevo fiduciario, estipulando ambas partes el dar “continuidad al manejo de los proyectos, programas, contratos y tareas que estuvieran en ejecución.... Así como el manejo del patrimonio fideicometido, las inversiones” todas las detalladas tanto en los anexos 2 y 3, además de cumplir con el Plan de Continuidad establecido como anexo 4. En la cláusula décima tercera ambas partes aceptaron que la “eficacia de los acuerdos establecidos y el eventual finiquito total queda condicionado al cumplimiento de lo establecido en el presente documento”. En la cláusula décima cuarta se estipula que el contrato de fideicomiso al que hace referencia en el “documento de mutuo acuerdo se mantendrá vigente hasta que se encuentre finalizado el periodo de transición donde el nuevo fiduciario o administrador atenderá los programas, proyectos y contratos relacionados con el Fideicomiso y todos estos sean trasladados al Fideicomiso recién constituido.”

21. El 22 de febrero de 2019, rige el plan de transición descrito como anexo 4 del acuerdo de terminación por mutuo acuerdo del contrato de FIDEICOMISO GPP SUTEL-BNCR, el cual está basado en la cláusula 3 inciso E sub inciso 3 del Contrato de fideicomiso GPP Sutel-BNCR y el art. 659 del Código de Comercio, 11 de la Ley de Contratación Administrativa, 211 del Reglamento de Contratación Administrativa el cual fue realizado en octubre de 2018 por parte de un equipo conformado por funcionarios de SUTEL y del BNCR, en el cual se indica: “Ante la situación que se presenta de la resolución por mutuo acuerdo del actual contrato que conforma el “*Fideicomiso de Gestión de los Proyectos y Programas SUTEL-BNCR*”, cédula jurídica 3-110-654956, que fue constituido y dado en Fiducia al Banco Nacional de Costa Rica, producto de la Contratación Directa N° 2011CD-000091-SUTEL, la SUTEL contratará un nuevo Fideicomiso, mediante licitación pública y el Fiduciario adjudicado asumirá las obligaciones, funciones y

contrataciones del actual.” Se estableció que el Fideicomiso del FONATEL que entró en funcionamiento en el año 2012, tenía al momento de la confección del Plan un patrimonio aproximado de US\$ 304 millones, con ingresos anuales de aproximadamente US\$ 40 millones, provenientes principalmente de la Contribución Especial Parafiscal del FONATEL (Ley N°. 8642) y los intereses generados por las inversiones. Estos ingresos crecen a un ritmo aproximado del 5% anual. Dicho Fideicomiso, tiene actualmente en marcha 5 programas y 28 contratos en ejecución para proyectos, que se concretan en 36 contratos firmados con distintos operadores y proveedores. “El Banco Nacional de Costa Rica mantendrá todas sus obligaciones y continuará con una ejecución normal del contrato actual, hasta transcurrido un periodo de transición máximo de seis meses posterior al refrendo del contrato del nuevo Fideicomiso”.

22. El 02 de mayo de 2019, mediante acuerdo 006-026-2019, el Consejo de la SUTEL en atención a las observaciones recibidas en la audiencia pre cartel llevada a cabo en enero 2019, instruyó a la Proveduría Institucional para que en conjunto con las dependencias internas respectivas llevara a cabo el proceso de contratación de una persona física o jurídica que analice y valide el costo estimado de la contratación de un nuevo fideicomiso, con el objetivo de respaldar la razonabilidad del precio estimado en el cartel.
23. El 17 de mayo de 2019, se publicó en el Sistema Integrado de compras electrónicas (SICOP) el concurso para la contratación de la elaboración de un “estudio que analice y valide el costo estimado por SUTEL para la contratación de un Fideicomiso de FONATEL”.
24. El 20 de junio de 2019, el Consejo de SUTEL mediante acuerdo 015-038-2019 declaró infructuosa la contratación directa para la elaboración de un “estudio que analice y valide el costo estimado por SUTEL para la contratación de un Fideicomiso de FONATEL”., puesto que al analizar que la oferta presentada “no cumple con todos los Requisitos de Admisibilidad solicitados en las Especificaciones Técnicas respectivas”
25. El 28 de junio de 2019, se publicó en el Sistema Integrado de compras electrónicas (SICOP) el concurso para la contratación de “servicios profesionales para la elaboración de un estudio que analice y valide el costo estimado por SUTEL para la contratación de un Fideicomiso como instrumento administrativo para la gestión de los proyectos y programas de acceso y servicio universal”.
26. El 03 de octubre de 2019, el Consejo de la SUTEL mediante acuerdo 019-062-2019 declaró infructuosa la Contratación directa tramitada en SICOP el 28 de junio de 2019 “considerando que las ofertas presentadas no cumplían con los requisitos cartelarios de admisibilidad”.

27. El 18 de noviembre de 2019, el Consejo de la SUTEL mediante acuerdo 003-073-2019 da por recibido el informe 3390-SUTEL-DGR-2019, el cual atiende la instrucción delegada mediante acuerdo 006-026-2019 del 02 de mayo de 2019. En dicho informe se brinda el resultado de múltiples reuniones efectuadas con entes externos a la SUTEL en la que se identificaron opciones de mejora en la gestión del Fideicomiso y se recomienda se tomen en consideración los hallazgos en los términos del cartel para contratar un nuevo Fideicomiso. Ante ello se acordó que “se revisara el texto del cartel para la selección de un Banco y la suscripción de un nuevo contrato de fideicomiso a la luz del informe al cual se hace referencia (...) de manera que se tomen las previsiones necesarias en los términos expuestos para mejorar la gestión de los proyectos y la fluidez de la información”.
28. El 02 de marzo de 2020, la Dirección General de FONATEL, mediante oficio 01872-SUTEL-DGF-2020, remite al Consejo de la SUTEL un informe que propone incluir un Plan de Transición del Fideicomiso”.
29. El 05 de marzo de 2020, el Consejo de la SUTEL, mediante acuerdo 012-017-2020 deja sin efecto el acuerdo 006-025-2019 adoptado en sesión 026-2019 de 2019 que pretendía llevar a cabo un proceso de contratación de una persona física o jurídica que analice y valide el costo estimado de la contratación de un nuevo Fideicomiso, con el objetivo de respaldar la razonabilidad del precio estimado en el cartel. A su vez, “autoriza la continuación del proceso de contratación para un nuevo fideicomiso que gestione los programas y proyectos financiados con recursos de FONATEL, en atención a lo resuelto en el acuerdo 002-082-2018 tomado en la sesión ordinaria 082-2018 del 05 de diciembre de 2018.” Asimismo, en el acuerdo 011-017-2020 da por recibido el documento elaborado por el Fideicomiso FONATEL titulado “Adenda 1 al Plan de Transición aprobado mediante el acuerdo del Consejo de la SUTEL 022-078-2018 del 23 de noviembre del 2018. Continuar analizando en una próxima sesión el documento elaborado por el Fideicomiso al cual se refiere el numeral anterior”.
30. El 18 de mayo de 2020, el Banco Nacional de Costa Rica mediante oficio FID-1811-2020 presentó ante la SUTEL la solicitud para el aumento de honorarios del Fiduciario como parte de la adenda al Plan de Transición alegando un incremento de la carga de las funciones de la Dirección de Fideicomisos. Además, “B- Visto el no refrendo por parte de la Contraloría General de la República se determinó por parte de ustedes, sacar a licitación la contratación de Fiduciario y hace aproximadamente 18 meses que nos encontramos a la espera del concurso en cuestión. C- En los últimos 14 meses hemos venido trabajando apoyados en un Plan de Transición, vista la licitación del Fiduciario y nuevo Fideicomiso. De acuerdo con el nuevo Plan de transición se hace necesario las contrataciones de nuevos procesos cómo por ejemplo contrataciones de encuestas sobre evaluación de impacto y encuestas de percepción, apoyo en comunicación y análisis de las unidades de gestión. // Por tales motivos solicitamos que para proceder con los cambios en el nuevo Plan de Transición se proceda con el ajuste en honorarios del

Fiduciario de la siguiente manera 1- Por la gestión en la inversión de capital de los contratos de proyectos y programas, devengará un honorario de 0.29% sobre los desembolsos que se hagan a cada proyecto o programa por este concepto, calculado y pagadero mensualmente de forma vencida 2- Por la gestión en el monitoreo y mantenimiento de los contratos de proyectos y programas, según se especifica en la cláusula 14 literal E del contrato, devengará un honorario de 0.223% anual, calculado y pagadero mensualmente Dichos aumentos no superan el 50% de conformidad con la contratación vigente entre BNCR y SUTEL por lo que de acuerdo con lo establecido en la normativa vigente en lo que respecta a la Ley de Contratación Administrativa, dicho aumento no requiere de refrendo contralor.”

31. El 15 de setiembre de 2020, mediante el oficio N.º 08237-SUTEL-DGF-2020 firmado por representantes de la Dirección General de FONATEL, Asesores del Consejo, proveeduría de la SUTEL y la Unidad Jurídica de la SUTEL, dirigido al Consejo de SUTEL, se realiza el análisis jurídico sobre la posibilidad de modificar unilateralmente el contrato de Fideicomiso, mediante la aplicación del artículo 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y se consigna el fundamento para llevar a cabo la modificación contractual respectiva.
32. El 01 de octubre del 2020, el Consejo de la SUTEL mediante el acuerdo 013-068-2020 aprueba una modificación unilateral del contrato “Fideicomiso de gestión de los proyectos y programas de FONATEL (GPP), con fundamento en el artículo 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) y el análisis efectuado por la Dirección General de Fonatel mediante el oficio 08237-SUTEL-DGF-2020”. Además, se aprobó una adenda al Plan de Transición del Fideicomiso de gestión de los proyectos y programas de FONATEL (GPP), con el fin de cubrir gestión “adicional ordinaria o nueva para el fiduciario corresponden a actividades que por instrucción del Consejo de la SUTEL en cumplimiento del PDT vigente debe ejecutar el fiduciario, existiendo un incremento de actividades ordinarias relacionadas con la gestión operativa, administrativa y financiera de los proyectos y el fideicomiso, así como nuevas actividades relacionadas con procesos de contratación administrativa, su ejecución y seguimiento. Así como posible gestión adicional correspondiente a actividades que eventualmente deberían realizarse como resultado de ajustes a las metas del PNDT vigente (...) y actividades que no implican un incremento en los procesos de contratación relacionadas con metas del PNDT (...) sino que implican brindar continuidad a las actividades operativas, administrativas y financieras relacionadas con los programas y proyectos vigentes” , además incluir elementos adicionales a ser atendidos por el Banco Fiduciario, como “la contratación de una persona física o jurídica que provea servicios de estadística como encuestas, entrevistas, pruebas etnográficas y otros, para la evaluación de los programas y proyectos ejecutados con cargo a FONATEL, contratación de servicios de evaluación de resultados (productos, efectos e impactos) de los programas ejecutados con cargo a FONATEL, contratación de Asesoría en Comunicación, Contratación de una firma que valide y amplíe el



informe de los escenarios de conversión de moneda más idóneos para el Fideicomiso.”. En su consideración el acuerdo tuvo presente una valoración sobre el cumplimiento de los elementos del artículo 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa indicando que la modificación propuesta “no cambia la naturaleza del objeto contratado, ni impide cumplir con su funcionalidad o fin inicialmente propuesto”. Además, se argumentó que “la forma de pago se mantiene de acuerdo con lo estipulado en la Cláusula 12 del contrato vigente.// (...) la ejecución de los proyectos y programas administrados y ejecutados por medio del Fideicomiso, han sufrido un incremento que no había podido ser previsto al inicio de la ejecución del contrato, ni por la SUTEL ni por el Banco, considerando que en aquel momento no se tenía una noción de la cantidad de proyectos que se debían gestionar, así como la cantidad de unidades de gestión. El aumento en la complejidad y el volumen de la gestión de los proyectos y programas que se ejecutan a través del fideicomiso son los que han representado una situación imprevisible para ambas partes (SUTEL-BANCO)”.

33. El 01 de octubre de 2020, la Presidencia del Consejo de la SUTEL y la Gerencia General del Banco Nacional firman “addendum a la cláusula 12 del contrato de Fideicomiso, que se rige por las normas legales de la legislación mercantil vigente, las normas de derecho público aplicables al objeto del Fideicomiso, en especial la Ley General de Telecomunicaciones No. 8642, el Reglamento de Acceso Universal, Servicio Universal y Solidaridad y la normativa relacionada.” En el artículo primero de dicho acuerdo se establece que la cláusula 12 de Honorarios del Banco Fiduciario se modifica para que a partir de tal suscripción se lea que el Fiduciario “devengará por la gestión de los contratos de los proyectos y programas con cargo a FONATEL los siguientes honorarios: “1) Por la gestión en la inversión de capital de los contratos de proyectos y programas, devengará un honorario de 0.298% sobre los desembolsos que se hagan a cada proyecto o programa por este concepto, calculado y pagadero mensualmente de forma vencida. //2) Por la gestión en el monitoreo y mantenimiento de los contratos proyectos y programas, según se especifica en la Cláusula 14, literal E del presente contrato, devengará un honorario de 0.223% anual, calculado y pagadero mensualmente, sobre el total de los desembolsos que se hayan hecho a cada proyecto o programa por el concepto de inversión de capital calculado y pagadero mensualmente de forma vencida. En el caso que un programa o proyecto no tuviera inversión de capital, este honorario aplicará sobre los desembolsos realizados por el concepto de monitoreo y mantenimiento. Este honorario aplicará mientras el fideicomiso tenga responsabilidades de gestión en el monitoreo y mantenimiento del proyecto o programa.”
34. El 29 de setiembre de 2021, el Director General de FONATEL mediante oficio 09175-SUTEL-DGF-2021, informa a la Contraloría General de la República, que en compañía de asesores del Consejo la Dirección General de FONATEL se encuentra aún en análisis de cuatro escenarios para la administración de los recursos del Fondo, el primer escenario incluye el “no utilizar la figura del

fideicomiso, por lo que la gestión total del fondo sería asumida por la SUTEL”. En el escenario 2 se contempla “un fideicomiso solamente para la gestión financiera del fondo.” Como tercera propuesta se analiza “Constituir diferentes fideicomisos para gestionar diferentes programas”. En el cuarto escenario se estudia “Continuar con el modelo de un fideicomiso para la gestión financiera y desarrollo de los programas y proyectos, realizando mejoras que promuevan la eficiencia y eficacia”. Se hace referencia a que “estos posibles escenarios están en proceso de análisis y se espera que próximamente puedan ser presentados ante el Consejo de la SUTEL”. Asimismo, estos escenarios no se circunscriben a un proceso de concurso, por lo que es necesario indicar que se valoran todas las alternativas de contratación. De igual forma, en dicho documento se establece que durante el periodo de transición el Fiduciario ha ejecutado las siguientes modificaciones a los contratos que suscribió con las Unidades de Gestión:

- Prórroga al contrato concurso 016-2016 con la Unidad de Gestión Price Waterhouse Coopers Consultores S.A por tres años, contados a partir del 05 de setiembre de 2019.
- Se prorrogó el 23 de junio de 2020 con la Unidad de Gestión Consorcio SPC-NAE por tres años más dentro del contrato concurso 01-2017.
- El 04 de junio de 2020 se prorrogó por un año el contrato con la Unidad de Gestión Ernst & Young S.A por un año.
- El 28 de octubre de 2020 se suscribió la adenda 2 del Contrato concurso 16-2016 para la atención de la ampliación de la meta 43 del programa Hogares Conectados con Price Waterhouse Coopers Consultores S.A “Debido al alto volumen de las operaciones del programa Hogares Conectados se incrementa el personal para la atención de la ampliación de la meta 43 del programa a 100 mil hogares adicionales” lo cual provocó un incremento de \$33.375 mensual.
- El 09 de abril 2021 se firma adenda 1 al Contrato concurso 01-2017 para la atención de las ampliaciones contractuales para la atención del Programa de la Red Educativa del Bicentenario a través del Programa 4 con el Consorcio SPC-NAE. El objetivo es la atención del programa de dicha Red incorporando “2 expertos y 3 profesionales junior”, incrementando el monto mensual por \$33.904.
- El 14 de abril de 2021 se firma adenda 1 del Contrato 01-2020 para la atención de las ampliaciones contractuales para la atención del Programa de la Red Educativa del Bicentenario a través del programa 1 con la Unidad de Gestión Ernst & Young S.A. Esto provocó que se incorporaran 1 experto, 1 especialista y 4 profesionales junior, incrementándose el monto mensual del costo a \$35.984.

De igual forma indica que “las acciones realizadas por el fideicomiso durante el proceso de transición han sido las mismas contempladas en el contrato original y que se han derivado de la ejecución de los programas y proyectos que se encuentran debidamente identificados en dicho Plan.//Tal y como se indicó en el

presente documento, en cuanto a los costos, mediante el acuerdo 013-068-2020 del 01 de octubre del 2020, el Consejo de la SUTEL aprobó la modificación unilateral del contrato correspondiente a un ajuste en los honorarios del Fiduciario.//Reiterar lo indicado anteriormente, que en la actualidad se mantienen las mismas condiciones técnicas, legales, derechos y obligaciones que se encuentran reguladas en el contrato original. Lo anterior en atención a lo dispuesto en la cláusula 3 inciso H del Contrato del FIDEICOMISO GPP SUTEL-BNCR. En todos los escenarios de análisis, se considera la necesidad de dar continuidad a los programas y proyectos en ejecución, considerando que los contratos suscritos por el Fideicomiso con las Unidades de Gestión y los operadores, podrían ser cedidos, en procura de asegurar la continuidad de los programas y proyectos, como se ha dado a la fecha.// Se reitera que estos posibles escenarios están en proceso de análisis y se espera que próximamente puedan ser presentados ante el Consejo de la SUTEL en el mes de octubre. Asimismo, estos escenarios no se circunscriben a un proceso de concurso; por lo que es necesario indicar que se valoran todas las alternativas posibles de contratación.”.

35. El 01 de diciembre de 2021, el Jefe de Seguimiento de la Dirección de Fideicomisos del Banco Nacional de Costa Rica emite certificación que indica que a partir de la adenda “a la cláusula 12 del contrato de Fideicomiso” suscrita con SUTEL el 01 de octubre de 2020, el Fiduciario (BNCR) ha realizado los siguientes contratos:

- “Adenda N° 2 Contrato concurso 16-2016 para la atención de la ampliación de la meta 43 del Programa Hogares Conectados firmado el 28 de octubre de 2020 por un monto que asciende a \$86 775. mensuales”.
- “Ampliación de la UG 3 para la ejecución de la REB firmado el 9 de abril de 2021 por un monto que asciende a \$ 87, 237.33 mensuales”.
- “Contrato concurso 01-2020 ... aún no se ha firmado, mismo ya se adjudicó y está en proceso de firma”.
- “Ampliación de la UG1 para la ejecución de la REB firmado el 14 de abril 2021 por un monto que asciende a S158,641.00 mensuales”.
- “Ampliación del contrato con Coopeguanacaste para la ejecución de la REB por la suma de \$ 48,730,593.60”.
- “Ampliación del contrato con Telecable para la ejecución de la REB por \$33,275,598.35”.
- “Ampliación del contrato con el Consorcio ICE-RACSA-PC Central para la ejecución de la REB por un monto de \$48,089,073.95”.
- “Ampliación del contrato con Telefónica para la ejecución de la REB... Guatuso \$1.258.753.16/Chiles \$2.174.484.34”.
- “Contrato del órgano director por demanda/Hora profesional”.
- “Contrato Servicios de Estadística 61.9.00.000.00 colones”.
- “Contrato de Evaluación de impacto por 114.615.384.61 colones”.

## 2. Consideraciones jurídicas

En primer lugar, a nivel de contextualización, es relevante tener presente que el Fondo Nacional de Telecomunicaciones es el instrumento creado en el artículo 34 de la Ley General de Telecomunicaciones N.º 8642, para administrar los recursos destinados a financiar el cumplimiento de los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad establecidos en ese mismo cuerpo normativo, así como de aquellas metas y prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones (PNDT).

La administración de los recursos de FONATEL corresponde por imperativo legal (artículo 35 de la Ley N.º 8642 y artículo 60 inciso b de la Ley N.º. 7593) a la SUTEL, -órgano desconcentrado al máximo adscrito a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, que cuenta con personalidad jurídica instrumental propia, para administrar el Fondo nacional de Telecomunicaciones<sup>2</sup>-, debe desempeñar tal atribución “de conformidad con la Ley, el PNDT y los reglamentos que se dicten al efecto”.<sup>3</sup>

El propio artículo 35 de la Ley General de Telecomunicaciones otorga una autorización expresa para que la SUTEL pueda administrar los recursos financieros del Fondo mediante la constitución de fideicomisos que sean necesarios para el cumplimiento de los fines legalmente determinados.

En este caso la utilización de la figura jurídica del fideicomiso se entiende como un medio por el cual la Administración, en su carácter de fideicomitente, transmite la titularidad de bienes, o afecta fondos públicos a un fiduciario, para realizar un fin lícito, de interés público<sup>4</sup>. De manera general la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha interpretado con respecto a este tipo de contrato, que:

“Este contrato consensual, se origina en el deseo del fideicomitente de someter su patrimonio (del que debe poder disponer) o parte de este, en fideicomiso, para cuyo fin lo transfiere, con un objeto particular. Encargo que deba de cumplir el fiduciario. La transmisión de bienes al fiduciario tiene como efecto jurídico originar un patrimonio autónomo, separado del de los sujetos del fideicomiso, que al decir del ordenamiento jurídico, lo es para los propósitos que se constituyó, lo que se transmite no es la propiedad, si no lo que se ha dado en categorizar como un dominio imperfecto, para diferenciarlo del perfecto que es, exclusivo, perpetuo y absoluto. // Recuérdese, los bienes no ingresan al patrimonio personal del

<sup>2</sup> De acuerdo a lo establecido en el artículo 59 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos N|. 7593.

<sup>3</sup> La Procuraduría General de la República ha interpretado en oficio OJ-052 del 16 de junio de 2009: “Al establecer el legislador que corresponde a la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) la “administración del Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL) se refiere a toda la actividad administrativa que sea requerida para que el Fondo cumpla los fines que justifican su existencia.”

<sup>4</sup> S Lisopra Wski (Silvio) y Kiper (Claudio) Tratado de Fideicomiso, Buenos Aires, Depalma, 2da Edición Actualizada, 2004, pp. 536-537

fiduciario, por ende, lo que tiene es una titularidad formal, -una legitimación para que realice el fin propuesto-, sin que posea el libre uso y disfrute de los bienes fideicometidos. En Costa Rica el artículo 633 del CCO, estipula: “Por medio del fideicomiso el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes o derechos; el fiduciario queda obligado a emplearlos para la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo”. Esa Propiedad a que se refiere la norma (modelo que asume el ordenamiento jurídico), ha de asimilarse por analogía a la imperfecta o limitada<sup>5</sup>, regulada en el artículo 265 del Código Civil (CC), o lo que se conoce en doctrina como propiedades especiales”.

La anterior consideración recalca la condición del fideicomiso como mecanismo de ejecución para cumplir un objetivo específico, que en el caso de que el Fiduciario sea un ente u órgano público, debe ser la concreción de un interés público, considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados<sup>6</sup>. Dicha posibilidad para la Administración Pública (no imperativa per se) se considera a partir del ordenamiento jurídico como opción válida para que implemente un mecanismo de articulación de diversos negocios jurídicos para el mejor cometido de los fines públicos, no simplemente como un medio para atender esquemas contractuales que bien puede atender la Administración mediante procedimientos ordinarios de contratación<sup>7</sup>.

De forma general la Contraloría General de la República ha considerado que la Administración Pública se encuentra facultada para suscribir contratos de fideicomiso siempre y cuando tal posibilidad esté dada por ley y esto no suponga la delegación de potestades administrativas, referidas de la actividad ordinaria del ente. Así, no sería factible la constitución de un fideicomiso para la realización de las funciones propias de la Administración fideicomitente o, lo que es lo mismo, para la realización de las actividades para las cuales fue creada la respectiva Administración.

Por su parte la Procuraduría General de la República<sup>8</sup> ha interpretado:

“La nota característica de este contrato es la transferencia de la propiedad del bien o derecho sobre el que recae el negocio a título fiduciario. Es un negocio traslativo de la propiedad para disponer de bienes dentro de los límites y con sujeción a las modalidades previstas para el cumplimiento de los fines. Empero, se trata de una propiedad imperfecta o limitada. No puede desconocerse, al efecto, que las facultades del fiduciario son restringidas y, particularmente, que le está prohibido dar al bien traspasado un destino diferente del determinado en el acto

<sup>5</sup> Sentencia 00384 dictada a las diez horas cuarenta minutos del 25 de marzo de 2015.

<sup>6</sup> Ley General de la Administración Pública N.º 6227. Artículo 113 inciso 1.

<sup>7</sup> Postura reiterada por la Contraloría General de la República externada en oficios 00739 (DCA-0323) de 30 de enero del 2008, 12168 (DCA-3708) de 8 de noviembre del 2008, 14404 (DCA-2508) de 06 de octubre de 2015, 19853(DCA-4720) del 15 de diciembre de 2020.

<sup>8</sup> Mediante oficio OJ-072-2001 del 14 de junio del 2001 y los Dictámenes 241 del 05 de septiembre de 2001 y 228 del 20 de junio de 2005.



constitutivo. El fideicomiso se constituye para la ejecución de un encargo respecto de un bien. En ese sentido, la facultad de disposición del fiduciario es reducida.”

El ejercicio de esta potestad debidamente justificada implica entonces que el fiduciario escogido por parte de la SUTEL debe observar las obligaciones que le imponen las disposiciones legales vigentes, así como las que se derivan del contrato de fideicomiso que se suscriba, de tal forma que el marco de acción del Fideicomiso se encuentra regulado no simplemente en el contrato suscrito, sino que éste debe contemplar los postulados legales en los cuales basa su existencia. Así por ejemplo, el artículo 35 de la Ley General de Telecomunicaciones estipula que “los recursos que se administren en los fideicomisos, deberán invertirse en las mejores condiciones de bajo riesgo y alta liquidez”.

De tal forma, toda actuación, tanto de la SUTEL como fideicomitente y de la entidad fiduciaria escogida por la Superintendencia con base en los procedimientos establecidos legalmente<sup>9</sup> deben evitar exponer a riesgos jurídicos y técnicos los recursos fideicometidos, así como la propia concreción de los fines y objetivos descritos legalmente (en el artículo 32 de la Ley N.º 8642) a cubrir con el FONATEL. Igualmente se encuentran compelidos a observar el ordenamiento jurídico aplicable.

La figura jurídica del fideicomiso se encuentra regulada a partir del capítulo XII del Código de Comercio, Ley N.º 3284. En dicho cuerpo normativo se establece que por medio de este negocio jurídico el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes o derechos, quedando el fiduciario obligado a emplear el objeto fideicometido para la realización de “fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo”, tal y como establece el propio artículo 633. El Código plantea, en el artículo 646, que una vez aceptado el cargo, el fiduciario no podrá renunciar si no es por justa causa que el fideicomitente o el juez, en su caso, calificarán.

Además, es importante acotar que el patrimonio fideicometido es un patrimonio autónomo, por lo que no puede ni debe confundirse con el patrimonio del fideicomitente, del fiduciario o del fideicomisario. Son bienes separados del resto de los activos de dichos contratantes, lo que implica que el patrimonio del fideicomiso debe utilizarse exclusivamente para los fines establecidos en el acto constitutivo y dentro de los límites establecidos por la ley. Por ende, se establece legalmente que el fiduciario debe desempeñar su gestión con el cuidado de un buen padre de familia y será removido si no ajusta su actuación al acto constitutivo o a la ley (artículo 645 del CCO); existe prohibición expresa de que el fiduciario garantice los rendimientos de los bienes fideicometidos (artículo 647 del CCO); si el acto constitutivo deja a discreción del

---

<sup>9</sup> Se establece al menos en el artículo 35 de la Ley N.º. 8642 que “Los contratos de fideicomiso deberán suscribirse con bancos públicos del Sistema Bancario Nacional, seleccionados de acuerdo con la mejor oferta entre las recibidas, a partir de la invitación que se realice.”

fiduciario la inversión de los bienes fideicometidos, la misma debe realizarse en valores de la más absoluta y notoria solidez.

La extinción del contrato de Fideicomiso evoca la finalización de la obligación sinalagmática entre las partes, ya sea por la concreción última de los objetivos originalmente concertados (terminación normal) o por la constatación de una causa sobreviniente que hace imposible su cumplimiento (terminación anormal), sea esta generada por una de las partes contratantes o por la propia voluntad coincidente de ambas en concluir la relación contractual.

En todo caso, la extinción del fideicomiso provoca ineludiblemente identificar las acciones para garantizar el resguardo del objeto fideicometido. Al respecto, el Código de Comercio (en el artículo 660) contempla como solución el traslado de los bienes y derechos a favor de quien fue señalado en el acto constitutivo del fideicomiso, “si no se dijere nada, serán devueltos al fideicomitente, y si éste hubiese fallecido la entrega será hecha a su sucesión”.

De tal manera la extinción provoca que el Fiduciario, en atención “del deber de emplear en el desempeño de su gestión el cuidado de un buen padre de familia” descrito en el artículo 654 del Código de Comercio, -así como en cumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 644-, realice las acciones correspondientes para que se garantice el traslado de los bienes y derechos fideicometidos a quien expresamente se determinó en el contrato inicial o, en última instancia estos retornen directamente al control del fideicomitente. Asimismo, el fideicomisario también tiene el derecho de exigir al Fiduciario, el fiel cumplimiento de sus obligaciones, tal y como señala el artículo 654 del citado Código. De igual forma, la extinción contractual provoca que las obligaciones pecuniarias a favor del fiduciario sean cubiertas por el fideicomitente, conforme a lo pactado.

En línea con lo anterior, el propio contrato de fideicomiso puede contener cláusulas que regulen aspectos relacionados con los procesos de transición y finiquito de la relación contractual cuando la misma haya finalizado. En ese sentido, el Contrato del FIDEICOMISO GPP SUTEL-BNCR, estipula una serie de obligaciones para el Fiduciario cuando el Fideicomiso se extinga de manera anticipada (según las causas en el punto E de la Cláusula Tercera del contrato de fideicomiso), señalando: “E. Causas de Extinción del Fideicomiso: (...) En cualquiera de los casos y de previo a la finalización o cambio de Fiduciario, deberá establecerse, por acuerdo entre las partes, la forma de continuar el manejo de los proyectos y programas que estuvieren en ejecución. Esta propuesta deberá ser conocida y aprobada por el Consejo de la SUTEL.”

Dicha cláusula también contempla lo relativo a la continuidad de los proyectos ante la finalización del contrato, estableciendo lo siguiente: “H. Continuidad de los proyectos: De previo a la finalización del contrato por cualquiera de las causas o al cambio de Fiduciario, deberá establecerse, por acuerdo entre las partes, la forma de continuar el manejo de los proyectos y programas que estuvieren (sic) ejecución. Esta propuesta deberá ser conocida y aprobada por el Consejo de la SUTEL. Adicionalmente, en caso de

existir pasivos pendientes de pago o contratos, proyectos o programas en ejecución, el Fiduciario deberá mantenerse en sus funciones hasta tanto las partes acuerden la mejor forma de garantizar las obligaciones y derechos de terceros adquiridos durante la gestión del fideicomiso.” Asimismo, sobre la distribución de fondos disponibles por finalización del contrato, se preceptúa que “De conformidad con la normativa vigente, cualquier saldo del patrimonio del fideicomiso será devuelto a la fideicomitente, de acuerdo con la liquidación y el finiquito que al objeto se realice (...)”.

### 3. Análisis del caso concreto

Según se expuso en el apartado anterior, conforme a la Ley General de Telecomunicaciones, en su artículo 35<sup>10</sup>, corresponde a la SUTEL la administración de los recursos del FONATEL, debiendo hacerlo de acuerdo con esa Ley, el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones y los reglamentos que al efecto se dicten. Asimismo, se estipula en ese numeral, que para la administración de tales recursos, puede acudir a la figura del fideicomiso; esto como una habilitación de un mecanismo que la SUTEL pueda emplear para el cumplimiento de los fines legalmente determinados, sin detrimento de efectuarlo con su propia gestión u otras formas o mecanismos para su administración y ejecución.

Al respecto, según la facultad otorgada en el citado artículo 35 de la Ley N.º 8642, la SUTEL suscribió el Fideicomiso de gestión de Planes y Proyectos a cubrir con dicho Fondo, en conjunto con el Banco Nacional de Costa Rica. En dicho contrato la Superintendencia constituye el Fideicomitente y Fideicomisario, mientras la entidad Bancaria asume el rol de fiduciario. El objetivo de dicho contrato (cláusula 3.B) era constituir “un instrumento jurídico y administrativo para la gestión de los planes y proyectos de acceso universal, servicio universal y solidaridad establecidos en el artículo 31 y siguientes de la Ley General de Telecomunicaciones (...) las metas y prioridades de acceso universal, servicio universal y solidaridad establecidas en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, particularmente en la Agenda Digital y la Agenda de Solidaridad Digital del mismo, así como lo establecido en el presente contrato”.

En el refrendo otorgado por la Contraloría General de la República a dicho contrato se determinó como condición por la que se le concedió ese requisito de eficacia, que “La SUTEL de conformidad con lo establecido en la Ley General de Telecomunicaciones es a quien el legislador le delegó la administración de los recursos del Fonatel, lo cual aunque se acuda a la figura del fideicomiso no implica una delegación de sus competencias en el fiduciario. En vista de lo cual el fideicomiso constituye un instrumento para la realización de los proyectos, siendo entonces la Sutel quien deberá revisar y aprobar previamente las actuaciones del fiduciario. Aun y cuando se concede el refrendo al presente contrato de fideicomiso, no se ha aceptado el que a cargo del fideicomiso se creen estructuras

---

<sup>10</sup> Atribución que ratificada en el inciso b. del artículo 60 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos N.º. 7593

burocráticas complejas con gastos de administración elevados dado que van en detrimento del mismo patrimonio y por ende del fin que se pretende cumplir”.

De tal forma, se entiende que el fideicomiso es el medio que en esa oportunidad fue seleccionado por la SUTEL para ejecutar los cometidos legalmente determinados en materia de acceso universal, servicio universal y solidaridad. Sobre el particular, se recalcó de parte del Órgano Contralor que la decisión adoptada por la Superintendencia provoca que esta asumiera el control sobre las actuaciones del fiduciario y que tal figura jurídica no provocara una estructura con gastos administrativos elevados, lo cual iba en contra de lo pretendido por la propia legislación en cuanto a que dichos gastos no erosionen el patrimonio y el cumplimiento de las metas que se señalan en el artículo 32 de la Ley General de Telecomunicaciones.

Ahora bien, se identifica de la especie fáctica, que antes de que finalizara el periodo contractual de cinco años inicialmente pactado entre partes, el Fiduciario (BNCR) presentó ante el Fideicomitente (SUTEL) varias solicitudes de modificación, dado que -según su criterio- la ejecución del Fideicomiso le provocaba un “desequilibrio financiero” perjudicial a su gestión, por lo que en atención de tal iniciativa el Consejo de la SUTEL acordó proceder a realizar los trámites internos para modificar el contrato de Fideicomiso y preparar en conjunto con el Fiduciario una solicitud de autorización ante la Contraloría General para modificar, sobre todo, la cláusula de honorarios del Banco Fiduciario.

Durante este intervalo de análisis sobre el cambio contractual, el fideicomiso fue prorrogado de manera automática por un periodo igual de cinco años (de febrero 2017 a febrero 2022), en virtud de que ninguna de las partes se manifestó en desacuerdo de continuar con la prórroga del contrato y se encontraba vigente para cuando la SUTEL solicitó el aumento de honorarios para el Fiduciario ante la Contraloría General, la cual mediante el oficio N.º 09777 (DCA -1840) del 28 de agosto de 2017, rechazó la propuesta de modificación de tales honorarios, puesto que no se contó con la base por la cual se fundamentaba la necesidad de incrementar los honorarios del Fiduciario para la ejecución de las funciones pactadas en el texto original.

La solicitud presentada por las partes se basaba en que el Fiduciario se encontraba realizando “gran cantidad de procesos como parte de la administración del contrato” y requería una mayor cantidad de funcionarios del Banco en la ejecución de dichos procesos, argumentando que “cuyo resultado se traduce en un costo mensual para el Fideicomiso y su incremento significativo desde su constitución”. Asimismo, se alegó que existía una situación “imprevisible pues la ejecución de los proyectos y programas sufrió un incremento que no había podido ser previsto al inicio, pues no se tenía noción de la magnitud del trabajo que implicaría la ejecución de estos proyectos, ni tampoco existía una política pública definida con claridad sobre la estructura administrativa de FONATEL”.

La Contraloría General, mediante oficio N.º 09777 (DCA-1840) del 28 de agosto de 2017, fue enfática en la denegatoria de la autorización solicitada, precisamente porque para analizar la procedencia y razonabilidad de la modificación de los honorarios, era

indispensable conocer cuál fue la base con la que se ofertó al momento de la contratación del Fiduciario, ya que al no presentarse ésta, no se podía considerar que las comisiones (definidas porcentualmente en razón de los pagos y el monitoreo y mantenimiento de los proyectos), resultarían insuficientes para cubrir los gastos del Fiduciario, en razón del aumento en la cantidad y complejidad de éstos. Asimismo, se alertó a las partes que ante una eventual nueva solicitud al respecto, se aportara la respectiva estructura de costos del Banco, así como la información complementaria que tomó en consideración la SUTEL para llevar a cabo el análisis en este sentido.

La imposibilidad de ejecutar la iniciativa de modificación en sus honorarios produjo que el Fiduciario cambiara la posición e insistiera ante el Consejo de la SUTEL en mecanismos para lograr su cometido, sin exponer soluciones a las omisiones determinadas por la Contraloría General, de igual forma mostró su disconformidad de continuar con la ejecución del Fideicomiso, aspecto que provocó, a partir del conocimiento expreso, tanto del criterio del Órgano Contralor, como de la posición del Fiduciario, que el Consejo de la SUTEL conformara un equipo a lo interno de la Superintendencia para analizar la situación presentada; dicho grupo de análisis identifica (al 04 de octubre de 2017) que el contrato de Fideicomiso continuaba vigente, a pesar de la postura del Fiduciario, ya que había sido prorrogado automáticamente según lo permitía el texto original del contrato y que la respuesta de la Contraloría General desautorizando la solicitud de aumento de honorarios del Fiduciario no suprimía el cumplimiento de las obligaciones.

Además, dicho grupo presentó varias posibilidades al Consejo para atender la negativa del Fiduciario a continuar bajo las condiciones financieras acordadas en el contrato, entre ellas, dar continuidad al contrato prorrogado o llevar a cabo un finiquito y realizar una nueva contratación con el Banco Nacional con el objetivo de dar continuidad a la ejecución de los planes y proyectos de acceso universal, servicio universal y solidaridad.

Desde junio del 2018, el Consejo de la SUTEL adopta el acuerdo de finalizar la contratación con el Banco Nacional, evidenciando como motivo del término del contrato de Fideicomiso la renuncia del Banco Nacional, tal y como se desprende del acuerdo 016 adoptado en la sesión ordinaria 040-2018, decisión que correspondía a la propia iniciativa del Fiduciario de no continuar bajo los honorarios originalmente pactados.

Sin embargo, con posterioridad, el Consejo asume en el acuerdo 022 de la sesión 078 del 23 de noviembre de ese mismo año, que el contrato de Fideicomiso se daba por terminado por mutuo acuerdo. Asimismo, el 22 de febrero de 2019 suscribe acuerdo de terminación por mutuo acuerdo del contrato de FIDEICOMISO GPP SUTEL-BNCR, en consideración de la cláusula 3 inciso E, el artículo 659 del Código de Comercio, el artículo 11 de la Ley de Contratación Administrativa N.º 7494, así como lo establecido en el artículo 215 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.



En este caso particular, la SUTEL, como administrador del FONATEL y Fideicomitente acepta, el no continuar con la ejecución del contrato de Fideicomiso, a partir de la negativa expresa del Banco Nacional, ante la imposibilidad de incrementar sus honorarios. Con dicha decisión no se contemplaron los riesgos e implicaciones que esa terminación provocaría en el cumplimiento de los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad, pese a contar en ese momento con un contrato que aún le quedaban tres años de vigencia, y además, de que no se tenía demostrado a cabalidad el supuesto desequilibrio financiero del contrato, en consideración de la ausencia de los elementos que motivaron la desautorización de la Contraloría General.

Aunado a lo anterior, se establece un plan de transición carente de una fecha cierta que exigiera de ambas partes la consecución de las acciones para finiquitar el contrato, e incorpora una serie de consideraciones que no sólo van más allá de los términos preceptuados en la decisión de finalizar el contrato de fideicomiso, sino que pretende de manera injustificada la continuidad de las obligaciones asignadas al Fiduciario cuando opera la terminación del contrato por alguna de las causales establecidas en la cláusula Tercera, punto E. Bajo esa línea se incluye en su sección 4 denominada "Cláusula resolutive y cláusula suspensiva", así como en el punto E, denominado Riesgos, elementos contrarios a lo señalado contractualmente, de manera que plantea la posibilidad, que ante ciertas circunstancias, el Fideicomitente mantenga todas sus obligaciones y continuara con una ejecución "normal" del contrato actual, esto a pesar de que estaba formalizado el acuerdo de terminación por mutuo acuerdo del contrato de FIDEICOMISO GPP SUTEL-BNCR.

Debe recalarse que el Fideicomiso como medio de ejecución pretendía cumplir lo establecido en la Ley General de Telecomunicaciones; precisamente, cumplir las metas fundamentales del régimen de acceso universal, servicio universal y solidaridad indicadas en el artículo 32 que planteaban literalmente:

- a) Promover el acceso a servicios de telecomunicaciones de calidad, de manera oportuna, eficiente y a precios asequibles y competitivos, a los habitantes de las zonas del país donde el costo de las inversiones para la instalación y el mantenimiento de la infraestructura hace que el suministro de estos servicios no sea financieramente rentable.
- b) Promover el acceso a servicios de telecomunicaciones de calidad, de manera oportuna, eficiente y a precios asequibles y competitivos, a los habitantes del país que no tengan recursos suficientes para acceder a ellos.
- c) Dotar de servicios de telecomunicaciones de calidad, de manera oportuna, eficiente y a precios asequibles y competitivos, a las instituciones y personas con necesidades sociales especiales, tales como albergues de menores, adultos mayores, personas con discapacidad, población indígena, escuelas y colegios públicos, así como centros de salud públicos.

d) Reducir la brecha digital, garantizar mayor igualdad de oportunidades, así como el disfrute de los beneficios de la sociedad de la información y el conocimiento por medio del fomento de la conectividad, el desarrollo de infraestructura y la disponibilidad de dispositivos de acceso y servicios de banda ancha.”

La decisión de finalizar un contrato en vigencia (ya que fue prorrogado automáticamente hasta febrero 2022), no es congruente con el interés público o general, el cual sería en este caso particular, la concreción de los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad que deben ser cubiertos con recursos del FONATEL. Queda clara la decisión de una de las partes de no querer continuar bajo las condiciones originales que sí fueron pactadas en común acuerdo, sin que esto pueda ser considerado motivo para asumir que la decisión adoptada por la SUTEL de finalizar bajo “mutuo acuerdo” la relación contractual, garantizara seguridad jurídica en la ejecución de los objetivos que bajo el artículo 32 de la Ley General de Telecomunicaciones debe concretar la administración del FONATEL. De tal forma, la decisión asumida por el Consejo de la SUTEL, implicaba la toma de decisiones oportunas tendientes, ya sea a asumir la administración y ejecución de los recursos o destinadas, o a establecer otros mecanismos de administración de los recursos del Fondo.

En ese sentido, es importante tener en consideración que el interés público es definido como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados, el cual de acuerdo a lo establecido en el artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública N.º 6227 debe prevalecer sobre el propio interés de la Administración Pública cuando pueda estar en conflicto. Siguiendo este parámetro legal, es claro que en la apreciación del interés público debe tomarse en cuenta los “valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia”.

Con la citada firma de la finalización del Fideicomiso celebrada el 22 de febrero de 2019, inició un proceso de transición hacia lo que debía ser el finiquito o extinción de la relación contractual entre las partes, tal y como lo impone el ordenamiento legal. El artículo 659 del Código de Comercio, parámetro utilizado como sustento de la decisión adoptada, así como el artículo 660 del mismo cuerpo legal, dan cuenta que en caso de terminar la relación, los bienes fideicometidos deben trasladarse a favor de quien se establezca contractualmente o ser devueltos al fideicomitente, o sea a la propia SUTEL como administradora directamente delegada por Ley para asumir los recursos del Fondo y de los programas y proyectos a financiar con dichos recursos, lo que no se ha realizado a la fecha, dado que la SUTEL no ha asumido una solución concreta que demuestre finalizar definitivamente el contrato, ni tampoco ha asumido la administración y ejecución de los recursos, ni ha establecido otro mecanismo de administración y ejecución, sino que ha utilizado este periodo originalmente destinado a suscribir el finiquito para mantener e incrementar la relación contractual y no para el propósito de dicha transición.

Precisamente el Plan de Transición acordado de manera bilateral por el Fiduciario y el Fideicomitente (SUTEL) da cuenta y deriva directamente de la intención de dar término a la relación establecida originalmente en 2012 y prorrogada automáticamente en febrero de 2017.

En este Plan se alega que según la cláusula 3.H del finalizado contrato, se planteó la posibilidad de que “previo a la finalización del contrato por cualquiera de las causas o al cambio del Fiduciario, deberá establecerse por acuerdo entre las partes, la forma de continuar el manejo de los proyectos y programas **que estuvieran en ejecución(...)** Adicionalmente el Fiduciario deberá mantenerse en sus funciones hasta tanto las partes acuerden la mejor forma de garantizar las obligaciones y derechos de terceros adquiridos durante la gestión del fideicomiso”. (el resaltado no corresponde al original) Esta condición no hace posible que se mantenga indefinidamente la ejecución de las obligaciones, al punto de llegar casi a igualar el plazo por el cual se prorrogaba el contrato original de haber continuado, ni que se agregaran otras obligaciones no contempladas en ese lapso, considerando que el contrato se encontraba terminado por mutuo acuerdo desde febrero de 2019.

Así, para la fecha de suscripción del plan se tenían definidas tres unidades de gestión, que desarrollaban 34 contratos que fueron suscritos entre los años 2013 al 2017, respecto a los cuales el Banco Nacional de Costa Rica “debía mantener todas sus obligaciones bajo una ejecución normal hasta transcurrido un periodo de transición máximo de seis meses, posterior al refrendo del contrato del nuevo Fideicomiso”.

De tal forma, se aprecia que si bien el plan se encaminaba a dar continuidad de la ejecución de los proyectos y programas financiados con FONATEL, no se dirigía ni concretaba las acciones que debían realizarse para terminar definitivamente la relación, con base en el acuerdo de finalización ya suscrito por ambas partes.

La finalización en los términos acordados en ese momento, imponía que la SUTEL iniciara de inmediato con las acciones necesarias y oportunas mediante los procedimientos correspondientes para asumir el objeto fideicometido, aspecto al cual dicha Superintendencia se comprometió en esa oportunidad; sin embargo, transcurrieron tres años desde ese momento y el Consejo no ha concretado acciones para establecer el nuevo Fideicomiso o el mecanismo que estimara adecuado para la administración y gestión de los recursos, programas y proyectos; en contraste, valiéndose entonces de esta falta de concreción, ha mantenido e incrementado las obligaciones que el Fiduciario debe asumir para administrar los proyectos, programas y contratos a financiar con FONATEL, contrapuesto a la finalidad de un proceso de transición.

En línea con lo anterior, se recalca que no es viable mantenerse de manera indefinida e ilimitada en el tiempo en esta condición, más aún cuando el contrato finalizado por ambas partes vencería de no haber sido rescindido el próximo 22 de febrero de 2022, por lo que sería contradictorio que este plan de transición iguale o sobrepase este término. Lo anterior, toma relevancia considerando que a la fecha la supuesta

valoración de alternativas que efectuaría la SUTEL a octubre del año en curso continúa pendiente.

Además, se pone en evidencia que la SUTEL como administrador del FONATEL no tenía claridad sobre las consecuencias de la decisión de finalización del contrato de fideicomiso, que vencía en febrero de 2022. Particularmente, se reitera que la Administración no evaluó previamente las acciones que debía realizar para autorizar de su parte la terminación de la relación contractual. En ese sentido, no determinó cómo asumiría el objeto fideicometido mediante un cronograma con las acciones necesarias, los responsables y plazos ciertos y razonables, que le permitiera llegar efectivamente a suscribir el finiquito de la relación contractual, así como efectuar las acciones para administrar tanto los recursos del Fondo como la ejecución de los contratos que se encontraban en vigencia.

Ahora bien, la continuidad del contratista (Banco Nacional de Costa Rica) se da a partir de una etapa de finalización del contrato de Fideicomiso, por lo que debería mostrar tal como lo señala el artículo 660 del Código de Comercio, las acciones que produzcan el traslado del objeto fideicomitido a favor de la SUTEL como fideicomitente o a quien ésta determine y no la permanencia e incremento de sus actuaciones; tal circunstancia se agrava además, ya que se realiza bajo una condición atemporal, puesto que no existe fecha cierta en que las partes suscriban el finiquito efectivamente, sino que, a partir de la indefinición por parte de la SUTEL sobre la forma en que administrará los recursos del Fondo, así como los proyectos y contratos que se cancelan con dichos recursos, se ha utilizado el plan de transición como una extensión permanente del contrato que dieron por finalizado desde el 2019, situación que no solo es contraria a derecho sino también contraria al acuerdo suscrito por la SUTEL y que se materializó con la firma de ambas partes contratantes.

La falta de definición de parte de la SUTEL y la atemporalidad del plan de transición ponen en riesgo la concreción válida de las metas descritas en el artículo 32 de la Ley General de Telecomunicaciones, puesto que el contrato de Fideicomiso como medio de ejecución no está vigente, siendo entonces que las obligaciones asumidas por quien era el Fiduciario (Banco Nacional de Costa Rica) a partir de la finalización del contrato debían trasladarse ya sea al propio fideicomitente (SUTEL) o a quien ésta determine, no siendo válido utilizar esta fase con un objetivo distinto al de lograr el finiquito de la relación contractual.

El plan acordado por la SUTEL y el Banco Nacional de Costa Rica no es una forma válida jurídicamente para evadir los controles establecidos, ni los procesos de selección de contratistas señalados en la Ley de Contratación Administrativa, la Ley General de Telecomunicaciones, o promover nuevas obligaciones y estructuras de pago al contratista.

Debe tenerse presente que el finiquito es la etapa final de la ejecución contractual; se da por concluida a satisfacción de ambas partes la relación contractual, es decir, se

extingue el contrato. Es por ello que, cuando se firma un finiquito se supone que el producto o servicio fue cumplido en forma enteramente satisfactoria, por lo que las revisiones o discusiones propias de la recepción provisional o definitiva ya se encuentran superadas. A estas alturas, se habría hecho entonces un cierre del proyecto y la Administración habría verificado los aspectos de calidad, de cumplimiento cartelario y en general, cualquier otra especificación propia del proyecto de obra, suministro o servicio contratado; de igual manera, ya estarían canceladas las prestaciones respectivas conforme los términos contractuales, así como el hecho de que no queden pendientes plazos o montos por concepto de reajuste o revisión de precios.

Se reitera que las acciones a ejecutar en este periodo deben ser coherentes con la decisión de extinguir la relación contractual, en tal sentido la continuidad sostenida e incrementada de tal relación, no sólo son contrarias jurídicamente, sino que manifiestan la ausencia de una valoración integral sobre las consecuencias de la decisión de no continuar con el contrato original.

La continuidad ilimitada, así como el incremento en la ejecución de las obligaciones por parte del Fiduciario y las modificaciones que se han presentado en el plan de transición no están validadas jurídicamente, por lo que la situación que se presenta en la actualidad crea una situación de inseguridad jurídica, puesto que la administración del FONATEL se basa en un contrato que las partes acordaron finalizar, por lo que no podría ser la fuente de nuevas obligaciones o nuevas condiciones financieras que lejos de finiquitar la relación, la incrementan.

Adicional a lo anterior y de especial relevancia, se tiene que el Consejo de la SUTEL, mediante acuerdo 013-068-2020 del 01 de octubre de 2020, de manera unilateral acuerda suscribir una adenda al contrato de Fideicomiso agregando nuevas actividades al Fiduciario y sobre la base de lo anterior, incrementa sus honorarios, utilizando para ello el artículo 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, aduciendo -entre otros argumentos- que la ejecución de los proyectos y programas administrados y ejecutados han sufrido incrementos, sin que se pudiera prever tal situación al inicio de la ejecución del contrato, puesto que en aquel momento “no se tenía una noción de la cantidad de proyectos que se debían gestionar”.

Esta decisión es contraria a Derecho puesto que se adenda un contrato que desde el 22 de febrero de 2019, las partes acordaron en terminar, o sea, existía manifestación de la voluntad de no continuar la relación contractual y por ende no cumplir con el objeto originalmente pactado, acordando más bien un plan de transición que en principio tenía como objetivo describir acciones a ejecutar por las partes para lograr el finiquito de dicha contratación.

Así, la suscripción de la adenda por ambas partes (el 01 de octubre de 2020) se hace a partir de un contrato que ellas mismas rescindieron, sin embargo, en la motivación de la firma de dicho acto no se establece este hecho relevante, omitiendo que el contrato



original fue terminado por mutuo acuerdo desde febrero de 2019, siendo tal circunstancia motivo suficiente para no tener por válida la ejecución de tal decisión.

Asimismo, en cuanto al fundamento pretendido para tratar de validar la adenda es pertinente indicar que el artículo 208 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), regula la aplicación del derecho de modificación unilateral del contrato por parte de la Administración, contenido en el artículo 12 de la Ley de Contratación Administrativa, lo cual tiene como base lógica la existencia de una relación sinalagmática en ejercicio pleno según los parámetros legales, aspecto que tal y como se ha acreditado no se dio.

Es claro que la facultad para modificar unilateralmente el contrato, tiene ciertos límites definidos en el ordenamiento jurídico, dentro de los cuales se destaca la imperiosa necesidad de que la modificación se dé precisamente dentro de una relación jurídicamente vigente, además, que no implique un cambio en la naturaleza del objeto contractual o inclusive un cambio parcial de tal magnitud que se trate de un nuevo objeto.

En este caso particular, ya no existía la voluntad expresa de los contratantes de cumplir con el fin para el cual asumieron el Fideicomiso, sino que únicamente subsiste un periodo en el que se deben conservar y mantener las obligaciones descritas en el plan de transición hasta que se firme el finiquito definitivo.

En cuanto al acto unilateral acordado por la SUTEL es pertinente identificar que el mismo corresponde, no a una modificación contractual, ya que no existía a esa fecha contrato vigente, por lo que se pretende asumir por este medio no válido jurídicamente, la suscripción de una nueva relación contractual que agrega obligaciones adicionales “no contempladas en la relación base”, -tal y como ambas partes manifiestan-, incrementándose los honorarios de la parte ejecutora, de las acciones pactadas sin que se tenga sustento válido para ello. Siendo también tal decisión contraria al objetivo que se pretendía en el plan de transición acordado.

Además, cabe resaltar que en esta decisión particular, la propia Contraloría General en la valoración de incremento de honorarios (atendida a partir de la solicitud expresa de las partes, el 28 de agosto de 2017) no tuvo por acreditada la existencia de “una estructura de costos de forma desglosada de la comisión original”, por lo que no fue posible autorizar la modificación contractual de los honorarios, siendo que, en la oportunidad que se “modifica el contrato”, se sustenta el cambio nuevamente por el supuesto incremento de obligaciones aparentemente no contempladas en el contrato original, que al igual que en aquella oportunidad en que el Órgano Contralor rechazó la solicitud de autorización de incremento de dichos honorarios, no se tenía claridad ni la acreditación sobre la base de su cálculo, como elemento indispensable para siquiera efectuar el análisis del eventual aumento.

En esa línea, resulta reprochable la manifestación por parte del Banco fiduciario en su propuesta de aumento de honorarios de que al no superar el 50%, no se requería del

refrendo Contralor, a pesar de que las razones del aumento, tal y como se indicó se mantenían, considerando que la gestión que se realizó ante la Contraloría sí superaba el 50%, lo cual puede interpretarse como un debilitamiento del sistema de control, al utilizar esta forma para no someterse a mecanismos de fiscalización descritos legalmente.

Por otra parte, no debe perderse de vista, que siendo una relación sinalagmática, su origen obedeció a un proceso de contratación administrativa en el cual el Fiduciario actúa como un contratista, por lo que dentro de su esfera, se encuentra la determinación de sus obligaciones económicas, sin que sea posible el traslado al contratante de las omisiones o errores que pudo haber cometido al momento de calcular y formular su oferta original. En el caso particular, el Banco, ante las situaciones descritas, tuvo la oportunidad de retirarse de previo a que se diera la condición prevista en el contrato para que operara la prórroga automática (en febrero de 2017) y de esa forma solventar su situación.

De la relación fáctico jurídico analizada, se tiene entonces que, a partir del no otorgamiento por parte de la Contraloría General de la República de la autorización para incrementar los honorarios al Fiduciario tal y como pretendían el Fideicomitente (SUTEL) y el propio Fiduciario (Banco Nacional de Costa Rica), ambas partes rescindieron por mutuo acuerdo dicho contrato en febrero de 2019.

Con la finalización del contrato bilateralmente concertada, las partes acordaron un plan de transición que más que llegar a finiquitar definitivamente el Fideicomiso, ante la inercia injustificada por parte de la SUTEL, dicha fase le ha permitido de manera contraria a derecho, continuar con la ejecución de las obligaciones que se administran de forma atemporal, incrementando incluso, -tal y como han manifestado las partes- la ejecución de los compromisos asumidos al pactar su término, y aumentando los honorarios del Fiduciario, a partir de una adenda suscrita sobre un contrato que bilateralmente decidieron rescindir desde febrero de 2017, lo cual pone en riesgo no sólo el ajuste de las actuaciones al ordenamiento jurídico aplicable, sino también la propia continuidad de los planes y proyectos de acceso universal, servicio universal y solidaridad que se financian con recursos del FONATEL.

#### **4. Orden a los señores Federico Chacón Loaiza, Hannia Vega Barrantes, Gilbert Camacho Mora en su condición de miembros del Consejo de la SUTEL o a quién(es) en su lugar ocupe(n) el cargo:**

- a. Asuma la administración de los fondos y proyectos que se financian con los recursos de FONATEL, garantizando los objetivos y metas previstos en el artículo 32 de la Ley General de Telecomunicaciones y el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones, de manera que se finiquite la relación que mantiene con el Banco Nacional de Costa Rica, conforme a la decisión asumida por ambas partes el 22 de febrero de 2019 y garantizar la continuidad de los programas y proyectos que se encuentran en ejecución.  
Remitir a más tardar el 22 de febrero de 2022, a la Contraloría General una

certificación en la que conste:

- i. El finiquito contractual suscrito por ambas partes.
- ii. Que los recursos y bienes fideicometidos han sido trasladados a la SUTEL.
- iii. La garantía de continuidad de los programas y proyectos que se encuentran en ejecución.

b. Ajustar conforme a Derecho el inciso II del acuerdo 013-068-2020 del 01 de octubre de 2020.

Remitir a más tardar al 22 de febrero de 2022, a la Contraloría General una certificación en la que consten los ajustes correspondientes.

Asimismo, se comunica que el Área de Seguimiento para la Mejora Pública dará seguimiento al cumplimiento de las acciones que se adopten para atender lo ordenado por el Órgano Contralor, por lo antes ordenado, se requiere a los miembros del Consejo de la SUTEL el correo electrónico que será utilizado como medio oficial para notificaciones de las órdenes en referencia. Por otra parte, se debe designar y comunicar los datos del responsable del expediente donde se documentará el cumplimiento de lo ordenado, a quien le corresponderá la tarea de conformar, actualizar, foliar, custodiar, conservar y dar acceso al expediente. Asimismo, se les solicita informar sobre la(s) persona(s) a quien (es) se le asignó el rol de contacto oficial, para facilitar la comunicación entre la persona a la que se le dirige lo ordenado y la Contraloría General, para el suministro de información cuando ésta así lo requiera. Los roles citados podrán ser ejecutados por una misma persona o por varias, según lo defina la Administración, de conformidad con las competencias establecidas en su marco normativo. La asignación de dichos roles deberá comunicarse formalmente a la(s) persona(s) que asumirá(n) el respectivo rol y a la Contraloría General, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la comunicación de lo ordenado. Esta comunicación deberá indicar el nombre, puesto, número de teléfono y correo electrónico de dicha(s) persona(s).

No se omite señalar que el artículo 69 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley N.º 7428, establece que cuando en el ejercicio de sus potestades el Órgano Contralor haya cursado órdenes a los sujetos pasivos y estas no se hayan cumplido injustificadamente, las reiterará por una sola vez y fijará un plazo para su cumplimiento; pero de mantenerse la desobediencia, una vez agotado el plazo, se tendrá como falta grave y dará lugar a la suspensión o a la destitución del funcionario o empleado infractor, según lo determine la Contraloría General.

Notifíquese a la SUTEL así como al Banco Nacional de Costa Rica. De conformidad con lo establecido por el artículo 33 de la ley n.º 7428 y los artículos 343, 346 y 347 de la Ley General de la Administración Pública, n.º 6227, contra la presente orden caben los recursos ordinarios de revocatoria y apelación, que deberán ser interpuestos dentro del tercer día a partir de la fecha de recibo de esta comunicación, correspondiéndole a esta Área de Fiscalización la resolución de la revocatoria y al Despacho Contralor, la apelación. De presentarse conjuntamente los recursos de revocatoria y apelación, el Área

DFOE-CIU-0573

32

17 de diciembre, 2021

de Fiscalización en caso de rechazo del recurso de revocatoria, remitirá el recurso de apelación al Despacho Contralor para su resolución.

Atentamente,

Marcela Aragón Sandoval  
**GERENTE DE ÁREA**



Carlos Ricardo Morales Castro  
**ASISTENTE TÉCNICO**

José Francisco Monge Fonseca  
**FISCALIZADOR**

JFMF/VMB/vas

Ce: Dirección General de Fonatel, Sutel  
Banco Nacional de Costa Rica, Sección fiduciaria

G.: 2021000072-1